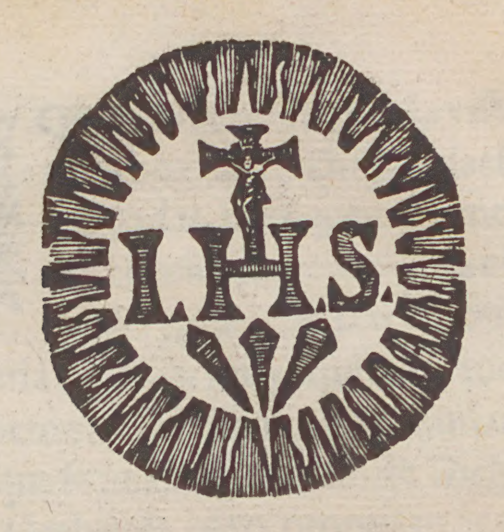
27°



POR DIEGO MAESTRE,

CON BIENES

DE ANTONIO

DE ESTRADA CARRION,

EN EL ARTICVLO

CON

EL LICENCIADO

DON EVLOGIO DE PINEDA,

CLERIGO, VEZINO DE CORDOVA,

A QVE À SALIDO IVAN ESTEVAN

DE TORQVEMADA, JVRADO DE

DICHA CIVDAD.



OR no aver asſiſtido a la viſta de eſte pleyto el Abogado de Diego Maeſtre, ſe le â mandado dar, para que informe por eſcrito: y en el cumplimiento deſta obligacion, aunq̃ podia paſſar con la relacion que ſe hizo en la Sala, que ſeria ſin duda muy ajuſtada, todavia es preciſo refreſcar la memoria del Hecho, para ajuſtar mejor las alegaciones en que ſe funda el derecho de Diego Maeſtre.

1 En 12. de Otubre de 1660. otorgò en Sevilla Antonio de Eſtrada y Carrion, eſcritura en favor del dicho Diego Maeſtre, en què ſe obligô a pagarle 57U027. reales de plata, por otros tantos *que*, dize, *averle preſtado para ſu aviamiento, y deſpacho, y pagar la cargazon de mercaderias que llevava en la Flota de Tierrafirme, que eſtava de partida en conſerva de los Galeones de aquel año.*

2 En virtud de la ſumiſsion que la eſcritura tiene a las Iuſticias deſta Ciudad de Sevilla, ſe pidio execucion, y eſtà ſentenciada la cauſa de remate por la dicha cantidad de principal, y por las coſtas.

3 Pretendio Diego Maeſtre executar eſta ſentencia en quatro barras que ſe an embargado, y vinieron de Indias: y no es dudable (porque conſta aſsi de los autos que de aquellos Reynos ſe traxeron) que procedio eſta plata de la cargazon que llevava Antonio de Eſtrada; para cuya paga, y deſpacho le avia ſocorrido Diego Maeſtre con la cantidad de la dicha eſcritura.

4 Salio a la cauſa el Licenciado Don Eulogio de Pineda, Clerigo de Cordova, pretendiendo que las dichas barras, y plata le pertenecian. Y para fundar eſte intento, preſentô vn teſtimonio del pleyto que en la dicha Ciudad de Cordova parece aver ſeguido Doña Maria de Solis y Valençuela, viuda del dicho Antonio de Eſtrada; por donde conſta, que aviendo a los principios de Noviembre de 1660. naufragado los dichos Galeones, y Flota, a la ſalida de Eſpaña, vno de

los

los que perecieron en esta ocasion, fue el dicho Antonio de Estrada, y parte con èl de la cargazon que llevava.

5 Y con las noticias que del naufragio se tuvieron en Cordova a 15. del dicho mes de Noviembre, puso pleyto la dicha Doña Maria de Solis y Valençuela, pidiendo execucion contra los bienes del dicho Antonio de Estrada su marido, por 47U354. reales, que dixo importava su dote, y arras.

6 Debese notar, que no huvo promessa de arras, y que lo que consta por dos instrumentos que se insertan en el testimonio, es, que en 8. de Otubre de 1653. años constante ya el matrimonio, otorga carta de dote en favor de la dicha su muger el dicho Antonio de Estrada, en que recibe por bienes suyos 36U354. reales de vellon; los 24U720. reales, en vna heredad, baxado el censo que sobre ella se pagava; y lo demas en ropa de vestir, y algunos muebles.

7 El otro instrumento es antecedentemente otorgado por el mesmo Antonio de Estrada en 2. de Mayo del dicho año de 1653. en quê le haze donacion a la dicha Doña Maria de Solis y Valençuela, que avia de ser su esposa, de mil ducados de vellon, que en moneda de plata que los valia, le entrega de contado; y ella los recibe, como consta a fol. 36.

8 Y aviendo repudiado el Curador, que se nombrô a los hijos del dicho Antonio de Estrada, su herencia, se sentenciò la causa de remate por todos los dichos 47U354. reales.

9 Es de advertir tambien, que este mesmo Curador de los Menores, que repudio la herencia de el dicho Antonio de Estrada, por el mesmo tiempo dio poder al Capitan Alonso Gil Moreno, para que en Cadiz recogiesse las mercaderias de dicha cargazon. Y consta assi de la declaracion del dicho Alonso Gil, fol. 57. como de la del Corredor fol. 10. q̃ el dicho Alonso Gil procurò, ê hizo grandes diligencias sobre descubrir las mercaderias: y aunque hallò noticias de los quatro caxones, y seis barrilillos, de que procedio la plata sobre quê se litiga, no los pudo sacar, por estar ya embarcados

en

en la Nao que llaman de Rezagos, y ſer tan grave la carga, que no los pudieron ſacar. Conque no pudiendo hazer otra coſa, mudò la conſignacion el dicho Alonſo Gil Moreno, poniendola por ſu quenta, y que los conocimientos fueſſen a ſu favor.

10 Pero no devieron de tener por baſtante eſta cautela; y vſaron en Cordova de otra, que es la que oy quieren executar, y fue ſacar al pregon, en virtud de la ſentencia de remate que tenia la dicha viuda, las dichas mercaderias, *a pagar luego decontado, con el rieſgo, y conque avia de poner cobro, y percevir las dichas mercaderias, o la cantidad en què ſe huvieren vendido*: que eſta es la forma de la poſtura, como cõſta fol. 68. y ſe haze en 10. de Febrero de 1661. tiempo en q̃, como es notorio, en Eſpaña ſe ignorava el ſuceſſo de la navegacion, por aver ſido mas dudoſo en aquella ocaſion, que en ninguna otra.

11 Hizoſe el remate en 12. del dicho mes de Febrero de 661. en 36U807. reales y medio de plata; y ſe aprobò en 19. de el dicho mes, y en 21. ſe mandò pagar a la dicha Doña Maria los 47U477. reales de ſu dote: y fol. 76. dà carta de pago la ſuſodicha al dicho Don Eulogio, de la dicha cantidad, y dize expreſſamente: *Que otorga carta de pago a favor del dicho Licenciado Don Eulogio de Pineda; y por razon de los dichos derechos* (dize) *doy por libres a los dichos, y hazienda del dicho Don Antonio de Eſtrada y Carrion, mi marido, para que por eſta razon aora, ni en ningun tiempo ſe les pida coſa alguna; y por ningunos los dichos inſtrumentos, y de ningun valor, y efecto.*

12 Deſpues ſe halla Peticion del dicho Don Eulogio, y Auto de 24. del dicho mes de Febrero, en quê, conforme a ſu pedimiento, ſe le adjudicã los tres caxones, y ſeis barriles cõ las mercaderias que ivan al Reyno de Indias, y accion a ello, ſin perjuyzio del derecho que tiene adquirido, para que los tenga con la antelacion de la dote.

13 Y aviendose quedado las cosas en este estado, luego que se tuvo noticia de la venida de las barras procedidas de dichas mercaderias, se traxo por parte del dicho Don Eulogio, requisitoria de las Iusticias de dicha Ciudad de Cordova, para que se le entregasse la dicha plata. Y acomulada la requisitoria al pleyto de Diego Maestre, se controvertio el punto, y recebida la causa a prueba, el Iuez Ordinario pronunciò sentencia en 14. de Otubre del año passado de 662. en quê mandò, que sin embargo de lo alegado por el dicho Don Eulogio, se entregue la dicha plata al dicho Diego Maestre, por quenta y parte de pago de su deuda, y cantidad por què tiene sentencia de remate; y reservò su derecho al dicho D. Eulogio contra los demas bienes del dicho Antonio de Estrada.

14 Desta sentencia apelò Don Eulogio, y como siempre se le avia opuesto, que no avia podido suceder en el derecho de la dote de la dicha Doña Maria de Solis, sin tener cession de la susodicha, y sin aver precedido pacto de suceder en su derecho, presentò cesion de la dicha Doña Maria: pero es su fecha de 10. de Março de 1663. pendiente ya esta segunda instancia, y casi acabado el termino de prueba, porque no le faltavan sino seis, o siete dias, pidio receptoria para hazer probanza en Cordova, articulando que avia sido pacto con la dicha Doña Maria, de que se le avia de hazer la cesion cada que se la pidiesse, y con el Defensor de los bienes de el dicho Antonio da Estrada tambien, de que avia de suceder en el derecho de la dote.

15 Tambien à salido a la causa Iuan Estevan de Torquemade; pero su derecho, ademas de ser personal, le funda en vnos autos hechos en Cordova sin citaciõ del dicho Diego Maestre; y que por no poderle causar perjuyzio como cosa entre otros actuada, asi no se embaraçarà este papel en discurso contra el derecho Iuan Estevan de Torquemada.

16 Y solo tratarê de fundar, el que se deve confirmar la sentẽcia

cia del Iuez Ordinario, para lo qual en terminos de la pretẽsion de Don Eulogio, y de la contradicion de Diego Maestre, se deve advertir a el dilemma hecho por esta parte, de que supuestos los autos de que Don Eulogio se vale, o entra por derecho proprio, o por derecho ageno en esta pretensiõ, y por ninguno la puede fundar.

17 Y que ambos medios intentasse tener, pruebase de la Peticion, y del Auto que se ân referido *sup.n.12.* en quê se dize, que por vno, y otro derecho tenga las dichas mercaderias, o lo que dellas procediere. Dividirase, pues, el discurso en dos Articulos, correspondientes a estos dos Derechos, y se probarà no tener alguno en su oposicion el dicho D. Eulogio.

ARTICVLO I.

QVE POR PROPRIO DERECHO NO TIENE accion Don Eulogio a el procedido de las barras, que impida a Diego Maestre la cobrança de su deuda.

18 NO dudamos de la firmeza, y auctoridad que tiene el titulo de la hasta publica, o almoneda judicial para la translacion de dominio, quando se haze a pedimiento del acreedor para hazerle pago de su deuda. *ad l. â Divo Pio.* 15. *ferè per totam in suis §§. ff. de re iudic. & ad integrum titulũ. C. de fide, & iur. hast. fisc. lib.* 10. vbi eruditè D. Franc. de Amaya, & plenos tractatus scripsere *de subhastationib.* Mangil. & Postius, & alij, & quod idem est, *de auctionibus.* Anton. Math Y no solo por Derecho civil de los Romanos, pero por comun instituto de las Gentes, ya es el mas vulgar, y mas firme medio de adquision el remate judicial por la auctoridad publica que le assiste, vt observat Amaya *vbi sup. in Rubr. num.* 15.

19 Pero por si la almoneda, y remate no transfiere dominio, aun-

aunque es titulo para que passe, ni aun por èl compete accion Real. text. *in l. qui prædium. 13. C. de distract. pign.* cuius verba: *Qui prædium obligatum â creditore comparuit, si in vacuam possessionem inductus non est, nullam in rem actionem habet.* Esto es por el principio elemental del Derecho, *ex l. traditionibus. 20. C. de pact. l. etsi de tua. 9. C. de donat. inter vir. & vxor.* Y porque por autos, ni sentencias no se trasfiere dominio, no sucediendo a la pronunciacion judicial la tradicion Real. Accur. *in §. fin. verb. Cuius fit. inst. de offic. iud.* Bart. *in l. ex hoc iure, num. 6. ff. de iust. & iur.* A los quales, y a Alexandro, assi en lectura, como en consejo cita, y sigue la Rota apud Post. *decis. 5. n. 3. post. tract. de subhast.*

20 El acreedor, pues, si vende los bienes del deudor judicialmente, se distingue del acreedor que los vende por ley del contracto, quando en èl le da facultad para ello el deudor. Pacto tan comun era este en los Antiguos, que le llama *Pactum vulgare.* El texto *in l 4. C. de pign. action.* vt subtiliter notabat Balduin. *de pignor. cap. 18.* donde con el texto *in l. 4. ff. de pign. act.* Y otros de la materia distingue los casos de poder vender el acreedor en virtud del pacto vulgar, de que no lo aviendo, comete hurto si vende, de que cumple con la interpellacion hecha tres vezes al deudor; en cuya mora, y por cuya omission podra vender la prenda el acreedor: sin embargo, que aunque no aya pacto expresso, *hoc tamen iure vtimur, vt liceat creditori distrahere pignus,* y la facultad de vender la prenda, es accion virtual della. *l. si convenerit 4. ff. de pign. act.* Balduin. *vbi proximé.* Paul. Duran *decis. 445. numer. 8. & seqq. 2. tom.*

21 Mas como todavia tenia el deudor, quando el acreedor vendia la prenda, los dos años de indulgencia para sacarla, que se le conceden *in l. fin. C. de iur. domin. impetr.* iuncto Mercur. Merlin. *de pignor. lib. 4. tit. 3. q. 95. num. 50.* in desuetudinem abijt pactum vulgare. Y la comun practica es, recurrir al Iuez, y con su auctoridad, vender la prenda. Y en

esta

esta practica, y terminos se dize, que como sea cierto principio, que el deudor aunque obligue sus bienes en favor del acreedor, retiene el dominio dellos. *l. cum & sortis* 35. §. 1. *ff. de pign. action.* assi en la venta judicial, no adquiere el comprador el derecho del acreedor, sino el dominio de el deudor. *Cum per subhastationem emptor non tam in ius creditoris successisset, quám in ius debitoris, vtpotè qui ea ratione dominus rei obligatæ effectus esset, nulla alia ex subhastatione creditori nata actione, nisi ad precium adversus emptorem.* Ait consultissimè Anton. Fab. *in Cod. lib. 8. tit. 2. defin. 29.*

22 La causa por que era mejor para el comprador la venta hecha por el acreedor, que la judicial, se deduce de los textos de la materia. Scilicet, porque vendiendo en virtud de la facultad del contracto anterior, los contractos posteriores no podian estorvar el efecto del primero, hoc est, la venta hecha en virtud de la facultad contenida en el cõtracto, a cuyo tiempo no se avian contraido las hypotecas posteriores. *l. si in solutum. 6. C. de oblig. & action. l. si generaliter. 6. C, qui potior. l. 1. C. si antiquit. cred.* Pero como en la venta judicial no pueda considerarse semejante efecto, por ella precisamente se dissuelve la prenda, porque no se compadece con la adquisicion de dominio la duracion de la prenda. *l. pen. §. 1. ff. de excep. rei. iud. l. neque pignus. 45. ff. de reg. iur.* benè ergo *vbi supra*, ait Ant. Faber: *Porró constat, acquisitione dominij non tantum solvi vinculum pignoris, cùm nemini sua res obligari, aut obligata manere possit, sed etiam induci nè emptor sibi quicquam debere possit.*

23 Bien entiendo que si estuvieramos en bienes vendidos, que realmente posseyera el comprador judicial, tendria derecho de retencion dellos hasta tanto que se le pagasse la cantidad que huviesse pagado al acreedor anterior a el q̃ lo cõviniesse, y demãdasse a èl. Opt. text *in l. eum qui. 18.*

ff.qui potior.ibi: *Eatenús tuendum, quatenûs ad priorem ex precio pecunia pervenit*. Que es darle retencion al comprador, como se le dâ tambien *in l.3.ff.de distr.pign.et in l.1. ff.quib.mod.pign.vel.hyp.solvitur*. Y la opinion de Rafael Fulgocio, y sus dudas, se reducen a tener por mas humana la opinion de que tenga retencion en estos terminos el cōprador posseyēdo la prenda. Vt benè discursum apud Vincent. de Franquis *decis*.134.

24 Sin embargo q́ Antonino de Amatto *resol.forens.lib.1.resol.7.ex num*.42.queda con la distincion de Iuan Francisco de Ponte *cons*.187. Scilicet, que aunque el que paga simplemente, y sin cesion tenga contra el deudor retencion de la prenda, no empero contra el segundo acreedor. Y aviendo pacto de suceder en el derecho del acreedor dimitido con su dinero, quantoquier no baste para tener accion, es suficiente para la retencion. Y no interveniendo cesion absolutamente, resuelve contra el comprador Carleval *de iudic.2.tom.lib.1.tit.3.disp.35.ex nu* 20.

25 En el caso deste pleyto, lo que, segun la forma del remate, se halla vendida, es la accion que avia para el procedido de dichas mercaderias, y passando conque tambien las ditas se pueden rematar judicialmente. Burat. *decis*. 675. *sub num*.2. & alij à Postio *de subhast.inspect*.14 *ex nu*. 102. No puedo dexar de repetir el reparo que en algunas alegaciones deste pleyto se à hecho por parte de Diego Maestre. Scilicet, que no siendo la dote mas que de 36U354. reales de vellon, como se assentô en el Hecho, y consta de la escritura; y constando, como consta, de los mesmos autos que sobre dicha dote se han hecho en Cordova, y que à traido por testimonios a este pleyto el dicho Don Eulogio, monta mas la heredad, prenda dotal, y los fructos que se hallaron a el tiempo de la muerte del marido, y los bienes muebles de casa: porque como està dicho, todo se apreciô, y monta mas que la dote: parece que dexar todos estos bie-

nes

nes dotales, efectivos, promptos, y rematar cosa tan dudosa como el derecho a las mercaderias que ivan, o por mejor dezir se dudava si ivan por la mar, y què paradero avian de tener : y que huviesse en Cordova Clerigo tan caritativo, o tan nimiamente negociador, que entrasse a ser mercader con dinero de contado, sin saber quien le avia de dar quenta, ni conocer encomendero, ni saber donde parava su hazienda, contiene mucha inverosimilitud. Y sabido es, que en las ventas hechas por los acreedores para hazerse pagados de sus deudas, siempre se presume dolo en la venta quando no se haze de bienes promptos, y de que facilmente se pueda hazer la cobrança. Ex Bart. *in l. à Divo Pio.* 15. §. *in venditione. ff. de re iudic.* Negusant. *de pignor. 6. part. memb.* 1 *num.* 28. *vers. Quintò limita.* Merlin. *eod. tract. lib.* 4. *tit.* 3. *q.* 95. *n.* 82.

26 Pero vtcumque sit, si comprò la dita, o accion al procedido de las mercaderias, por derecho de comprador no puede considerarse aver sucedido en el derecho del acreedor anterior, y se vendra a poner en concurso de el acreedor segundo, como cessionario del primero. De quo *artic. seq.*

ARTICVLO II.

QVE POR DERECHO DE LA DOTE NO puede conseguir su intento Don Eulogio de Pineda.

27 QVeda advertido en el Hecho, que esta dote quando mas, pudo constar de los 36U354. reales de la escritura de dote, porque los mil ducados que antes de casarse dio Antonio de Estrada a Doña Maria de Solis (de quo *supra num.* 7.) ni entraron en la dote, ni pudo el susodicho estar obligado a pagar los dichos mil ducados sin constar averselos vuelto la dicha Doña Maria: y que no

no se los volvio es cierto, porque se huvieran puesto en la carta de dote, y huviera dado fee del recibo el Escrivano. Pero como todo el pleyto fue collussorio, y con fraude, y solo se iva a ver si se podia quitar este efecto, o procedido de dichas mercaderias a el acreedor de Sevilla, con cuyo dinero se avian pagado: assi no se alegò por el defensor de los bienes nada contra pretension tan injusta como la de los dichos mil ducados.

28 Y segun esto, lo mas que pudo pretender la dicha Doña Maria son los 36U354. reales de la escriptura de su dote. Y si ella los pidiera, confessaramos la prelacion, pero no es lo mesmo en diferente persona que intente el proprio derecho. §. *Fuerat*. 29. *inst. de action*. ibi: *Præferri autem alijs creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur: cuius solius providentia hoc induximus*. Otro qualquiera deve venir por cession, y como cessionario de la dote. opt. text. *in l. emptor*. 5. *C. de hæred. vel act. vend.* ibi: *Mandatis actionibus. l. 3. l. fin. C. de privil. fisc*. Con la distincion que tiene esta materia entre el acreedor moderno, o el comprador judicial: que aquel si paga al antiguo, aun sin cession confirma mas la prenda, y sucede en su derecho. *tot. tit. C. de his, qui in prior. cred. loc. succed.* No assi el comprador *dict. l. emptor*. Y la razon desta distincion la dize, y prueba con elegancia Antonio Fabro *in cod. lib. 8. tit. 9. defin. 8.* hisce verbis: *Sed non benè comparatur emptor creditori, quippe qui precium solvens non id agit ut alium obliget, sed ut se liberet*. Para lo qual cita el texto *in l. quod si minor*. 24 §. *Restitutio. ff. de minor.* que hablando de lo que se paga por el comprador al vendedor, aunque sea menor de edad, dize: *Quia æs alienum ei solvitur, quod facere necesse est: credere autem non est necesse*. Optimè Cujac. *obser. lib.* 18. *c.* 40. interpretatus est textum *in l. 2. C. de his qui in prior. cred. loc. succed.* illud, *iure successisti*, hoc est, *cessione, vel translatione pignoris*.

Con

29 Con dos medios piensa salir destas dificultades el contrario. El vno era bastante, si se huviera obrado en tiempo, que es el de la cession: la qual se ha de hazer a el tiempo de la paga, con la qual naturalmente se dissuelve la obligacion. text. *in l. pen. ff. de solut.* ibi: *Naturaliter, veluti solutione.* text. *in princ. quib. mod. tol. oblig.* vbi Pichard, & cœteri Institutarij, y consiguientemente se resuelve el derecho de prenda, *Et soluta pecunia venditori dissolvitur pignus.* Inquiūt iura *in l. si cum venditor. 66. in princ. ff. de eviction. l. si creditor. 26. ff. de solut.* vbi communiter Repetentes. Ex intervallo no se puede hazer la cesion. Vulgata *l. Modestinus. 76. ff. de solut.* quod in dubium apud nos *ex l. 12. tit. 11. part. 5.*

30 No era malo tampoco el pacto que se à procurado probar, pero ademas de tener contra si la presumpcion de aver tardado tanto en hazer esta alegacion y articulo de prueba, ya casi acabado el termino della: este medio, y el de la cession no an menester muchos discursos para su convencimiento, sino las palabsas que referiamos arriba *num.* 11. de la carta de pago que dio la dicha Doña Maria, diziendo: *Que dá por libres a los bienes y hazienda de su marido, para que por esta razon no se le pida cosa alguna: y dá por ningunos, y de ningun valor, ni efecto los instrumentos de su dote.* Para lo qual es de suponer con todos los auctores que cita Amato *p. 1. resol. 37. n. 11.* (que en gran parte deste lugar lo transcrive Olea *de ces. iurium. tit. 5. q. 4.*) que el pacto precedente obra, porque se presume que retuvo el acreedor en si las acciones sin querer librar de la obligacion al deudor. Esto, pues, que es presumptivo, preciso es que cesse con lo expresso, y claro de la liberacion, que contienen las palabras referidas. Y si *naturaliter* (como deciamos *ex l. pen. ff. de solut.*) se dissuelve con la paga la obligaciō. Tambien se extingue *civiliter* con la liberacion. Ex eod. text. *in d. l. pen. §. 1. inst. quib. mod. toll. oblig.* & ne quidquam intac-

tum relinquatur, por lo que mira el pacto a convenio con el defensor de los bienes en el pleyto, nada puede aprovechar, ni se fundarà de contrario que sea parte legitima vn defensor judicial para semejante convenio: pues derechamente deve ser con el deudor dueño de los bienes, que es quien, y no otro, puede permitir la sucession en el derecho del acreedor que va pagado, y que se continûe la hypoteca. Ex D.Greg.Lop. *in l.* 34.*tit.*13.*par.*5. sic Rodrig.*de concursu.*2.*p.art.*1.*n.*23. Y assi parece se deve confirmar la sentencia. Salvo in omnibus,&c.

Lic.D.Francisco Ortiz de Godoy.